

PROCESSO	- A. I. N° 206985.0013/11-7
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- MP COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão 2ª CJF n° 0394-12/13
ORIGEM	- SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 15/05/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0034-11/20

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **a)** ICMS NORMAL; **b)** ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **i)** IMPOSTO RETIDO. Afastada a regra especial de recolhimento do tributo, por força de ordem judicial liminar, é forçoso admitir que estavam, as empresas remetentes, sujeitas, à data das saídas, ao regime geral de recolhimento do tributo, o que significa dizer que deviam, enquanto perduraram os efeitos das liminares respectivas, lançar, normalmente, os valores destacados nos documentos fiscais de saída, em seu livro fiscal pertinentes (Livro Registro de Saídas), totalizando, ao final do mês, os valores devidos de ICMS em tais operações, montantes esses que deviam ser transportados para o Livro de Registro de Apuração de ICMS, com fins de se apurar eventual saldo de imposto a recolher, em cada um dos meses durante os quais perdurou essa situação. Infrações 01 e 02 parcialmente elididas. **ii)** IMPOSTO NÃO RETIDO. Infração caracterizada. Representação proposta de acordo com o art. 114, II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99 c/c o art. 136, §2º do COTEB fundamenta pedido afim de ver alterado o valor do Auto de Infração em face da aquisição de combustíveis de remetente sujeito ao Regime Especial de Fiscalização. Representação **ACOLHIDA**. Auto de infração **Procedente Em Parte**. Decisão unânime.

RELATORIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, com fundamento nas normas do art. 136, § 2º do COTEB c/c o art. 113, § 5º, inciso I, do RPAF/99, em face do Acórdão CJF n° 0394-12/13, que julgou Procedente o Auto de Infração n° 206985.0013/11-7, lavrado em 05/12/2011, para exigir ICMS no valor histórico de R\$136.696,62, em decorrência das infrações abaixo descritas.

INFRAÇÃO 01: 02.14.01 – Deixou, o adquirente, de recolher ICMS normal, devido por responsabilidade solidária, nas operações de aquisição de combustível, adquirido junto a remetente sujeito a regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria através de nota fiscal desacompanhada do documento de arrecadação.

INFRAÇÃO 02: 07.10.04 – Deixou, o adquirente, de recolher ICMS Retido, por responsabilidade solidária, na operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS Retido no momento da saída da mercadoria, em vista do recebimento da mercadoria, através de nota fiscal não acompanhada do documento de arrecadação ICMS substituído.

INFRAÇÃO 03: 07.10.06 – Deixou, o adquirente, de recolher, por responsabilidade solidária, o valor do ICMS Substituído, devido, porém, não retido, em operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a

Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria. Verificado através de Nota Fiscal sem retenção de ICMS substituído e consequentemente desacompanhada do respectivo documento de arrecadação.

Trata-se de operações com álcool etanol hidratado comum, em que os remetentes (submetidos a Regime Especial de Fiscalização) deixaram de recolher o imposto incidente, antes da saída das mercadorias, tendo-se exigido o imposto do destinatário, em cumprimento à regra prevista no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96.

Após a lavratura do Auto de Infração, tendo, o Sujeito Passivo, apresentado impugnação e a autoridade lançadora prestado informação fiscal, o PAF foi distribuído para a 5ª JJF, que julgou o feito Procedente, conforme folhas 342/345. Cientificado da decisão, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, às folhas 356/370, apreciado pela 1ª CJF, que não proveu o apelo referido, conforme folhas 394/397.

Notificado do teor da decisão da Câmara, o Sujeito Passivo atravessou manifestação (folhas 410/412), dirigida ao Diretor da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle – DARC, solicitando que o presente débito não fosse inscrito em Dívida Ativa, por conta da ocorrência de flagrante ilegalidade. Informou ter provocado a PGE/PROFIS com vistas a que aquele órgão exercesse o Controle da Legalidade pertinente.

Às folhas 428/437, consta petição dirigida à PGE/PROFIS, em que o Contribuinte informa da concessão de medida liminar em mandado de segurança, por parte da Quarta Vara da Fazenda Pública da Capital, nos autos do Processo nº 008425-18.2011.805.0001, conforme cópia que acosta às folhas 453/454. Afirma que, por força da decisão citada, a empresa remetente das mercadorias adquiridas (álcool etanol hidratado comum) ficou excluída do Regime Especial de Fiscalização instituído pela SEFAZ/BA. Como consequência, entende que tal exclusão teria repercutido na esfera jurídica da Recorrente, desobrigando-a de recolher parte do ICMS objeto do lançamento, no momento da saída.

Assim, argumenta que, se a empresa remetente (Petróleo do Vale Ltda.) não está sujeita ao Regime Especial citado, não há que se falar em responsabilidade solidária do Posto Revendedor de Combustível, por ausência de uma condição essencial, prevista no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, norma em que se baseou a autuação. Transcreve julgados da 1ª JJF e da 2ª JJF em que se decidiu, em situação idêntica, que não é cabível a exigência antecipada do tributo quando a omissão da remetente está amparada por decisão liminar

Na petição citada, dedica linhas também a atacar a sanção imposta, de 60%, aos argumentos de ser genérica e de confiscatoriedade.

Às folhas 458/459, foi emitido parecer da PGE/PROFIS, da lavra de Dra. Maria Olívia T. de Almeida, por meio do qual manifesta o entendimento de que, em se tratando de lançamento tributário já apreciado pelo CONSEF, no bojo de processo contencioso regular, a decisão final desta corte é soberana, não desafiando mais revisão, sequer por provocação da Procuradoria. Opina pelo não acolhimento do pedido interposto pelo Contribuinte. À folha 460, consta despacho da Procuradora Assistente, acolhendo o parecer citado.

À folha 465, consta encaminhamento feito por representante da PGE, solicitando diligência ao Auditor Fiscal Ricardo Rêgo, Assistente Técnico da PGE/PROFIS, em que pede que seja produzido um novo demonstrativo de débito, com a exclusão das aquisições feitas à distribuidora Petróleo do Vale Ltda., por força da obtenção de liminar em mandado de segurança, devidamente comprovada às folhas 453/454.

Às folhas 466/468, foi acostado no demonstrativo de débito, excluindo as aquisições citadas, e reduzindo o valor lançado para as Infração 01 (R\$57.394,11) e Infração 02 (R\$9.252,68), mantendo-se sem redução os valores relativos à Infração 03 (R\$1.072,23), o que perfaz um total de R\$67.719,02.

Às folhas 470/471, representante da PGE/PROFIS (Dra. Paula Von Sohsten Ramalho) emite novo parecer, em que acolhe o pedido da Recorrente e promove a presente Representação ao CONSEF.

Explica que o Núcleo de Consultoria e Assessoramento daquele órgão consolidou o entendimento, após ter se debruçado, em oportunidade recente, sobre a matéria, no sentido de que, em casos como este dos autos, em que os fatos geradores são autuação são posteriores à suspensão da liminar do Regime Especial, e em se tratando de autuação por responsabilidade solidária, lavrada contra o posto, e não contra o distribuidor, não se teria como, na vigência da referida liminar, impor ao posto conduta contrária ao quanto decidido judicialmente, exigindo a prova do tributo, cujo recolhimento antecipado fora, em última análise, pelo poder judiciário dispensado.

Conclui, assim, que a autuação está eivada de flagrante ilegalidade, devendo ser reduzido o valor lançado, relativamente às infrações 01 e 02, em conformidade com os demonstrativos de débito às folhas 468/469.

À folha 477, consta despacho da Procuradora Assistente, acolhendo os termos do parecer retrocitado.

Às folhas 479/480, a 2^a CJF apreciou a representação proposta, acolhendo o pleito da PGE, mediante o Acórdão CJF nº 0394-12/13, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte.

Notificado do teor da decisão da Câmara, o Sujeito Passivo volta a se manifestar (folhas 495/497), em nova petição dirigida ao Diretor da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle – DARC, solicitando que o presente débito não fosse inscrito em Dívida Ativa, por conta da ocorrência de flagrante ilegalidade. Informou ter provocado a PGE/PROFIS com vistas a que aquele órgão exercesse o Controle da Legalidade pertinente.

Às folhas 514/522, consta uma nova petição dirigida à PGE/PROFIS, em que agora o Contribuinte dá notícia da concessão de uma outra medida liminar em mandado de segurança, por parte da Quarta Vara da Fazenda Pública da Capital, nos autos do Processo nº 0015805-92.2011.8.05.0001, conforme cópia que acosta às folhas 538/542. Afirma que, por força da decisão citada, uma outra empresa remetente das mercadorias adquiridas (álcool etanol hidratado comum) ficou igualmente excluída do Regime Especial de Fiscalização instituído pela SEFAZ/BA. Como consequência, entende que tal exclusão teria repercutido na esfera jurídica da Recorrente, desobrigando-a de recolher parte do ICMS objeto do lançamento, no momento da saída.

Desenvolve, a seguir, a mesma argumentação já deduzida, agora relativamente à empresa remetente (Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda.) que não estava igualmente sujeita ao regime especial citado já referido.

Às folhas 548/551, foi anexada cópia da sentença exarada nos autos do processo acima identificado (nº 0015805-92.2011.8.05.0001), em que ficou evidenciado que, a despeito da concessão da liminar referida pela empresa Recorrente, o juiz da Quarta Vara da Fazenda Pública proferiu decisão definitiva em que denegou a segurança requerida, em 16/07/2012, após, portanto, a ocorrência dos fatos objetos do presente lançamento.

Às folhas 563/565, foi emitido parecer PGE/PROFIS, da lavra de Dra. Rosana Passos, em que manifesta o entendimento de que, considerando que o processo judicial citado possui decisão definitiva de mérito, denegando a segurança pleiteada, deve-se dar regular prosseguimento ao presente feito, com a inscrição imediata do débito em Dívida Ativa.

Após a inscrição do débito em Dívida Ativa, às folhas 581/610, foi acostada cópia da decisão liminar, proferida no processo acima referido, em benefício da empresa Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda.

À folha 611, consta encaminhamento feito por representante da PGE, solicitando nova diligência ao Auditor Fiscal Ricardo Rêgo, Assistente Técnico da PGE/PROFIS, em que pede que seja produzido um novo demonstrativo de débito, com a exclusão das aquisições feitas à distribuidora Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., face ao fato de que a obtenção de liminar em mandado de segurança, foi anterior à autuação.

Às folhas 613/615, foi atendida a diligência solicitada e acostado novo demonstrativo de débito,

excluindo as aquisições citadas, e reduzindo o valor lançado para as Infração 01 (R\$34.974,74) e Infração 02 (R\$2.662,92), mantendo-se sem redução os valores relativos à Infração 03 (R\$1.072,23), o que perfaz um total de R\$38.709,89.

As folhas 617/618, representante da PGE/PROFIS (Dra. Paula Gonçalves Morris Matos) emite novo parecer, em que acolhe, mais uma vez, o pedido da Recorrente e promove a presente Representação ao CONSEF. Conclui, assim, que deve ser reduzido o valor lançado, relativamente às infrações 01 e 02, em conformidade com os demonstrativos de débito às folhas 614/615.

À folha 619, consta despacho da Procuradora Assistente, acolhendo os termos do parecer retrocitado.

VOTO

A questão a ser dirimida por este colegiado se circunscreve ao escopo da presente Representação, apresentada pela PGE/PROFIS às folhas 617/618, no exercício de prerrogativa estabelecida pelo art. 113, § 5º do RPAF/BA. Pede que seja julgada procedente em parte a presente exigência fiscal, constituída mediante o Auto de Infração nº 206985.0013/11-7, em conformidade com o entendimento consolidado pelo Núcleo de Consultoria e Assessoramento daquele órgão.

Examinando os autos, é possível constatar que o débito apurado decorreu de exigência de ICMS sobre operações de aquisição de álcool etanol hidratado comum, em que os remetentes (submetidos a Regime Especial de Fiscalização) deixaram de recolher o imposto incidente, antes da saída das mercadorias. O tributo foi lançado com esteio na regra prevista no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, abaixo reproduzida.

“Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

...
XVI - o posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação;
...”

Como se depreende da leitura do texto acima reproduzido, trata-se de uma regra especial atinente ao momento em que se deve efetuar o recolhimento do tributo, com previsão de sua antecipação para o momento anterior à saída das mercadorias do estabelecimento, diferentemente do que ocorre com os demais contribuintes. De fato, diferentemente do prazo geral fixado pela legislação (dia nove do mês subsequente à ocorrência do fato gerador), aqui o Contribuinte submetido a Regime Especial de Fiscalização deve fazê-lo antes mesmo da saída das mercadorias de seu estabelecimento.

A instrução processual deu conta de que as empresas Petróleo do Vale Ltda. e Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. possuíam, no momento das respectivas operações de saída, decisão liminar em seu favor, que as excluía do Regime Especial de Fiscalizado citado, resultando, em consequência, em sua liberação da obrigatoriedade de proceder ao recolhimento antecipado aludido.

Bem, por força da ordem judicial referida, é forçoso admitir que, afastada a regra especial transcrita, estavam, as empresas remetentes, sujeitas, à data das saídas, ao regime geral de recolhimento do tributo, o que significa dizer que deviam, enquanto perduraram os efeitos das liminares respectivas, lançar, normalmente, os valores destacados nos documentos fiscais de saída, em seu livro fiscal pertinente (Livro Registro de Saídas), totalizando, ao final do mês, os valores devidos de ICMS em tais operações, montantes esses que deviam ser transportados para o Livro de Registro de Apuração de ICMS, com fins de apurar eventual saldo de imposto a recolher, em cada um dos meses durante os quais perdurou essa situação.

Ora, sendo isso verdade, não se pode exigir tributo, por responsabilidade, do destinatário

naquelas operações amparadas por decisão liminar, sob pena de incorrer-se em “*bis-in-idem*”, já que tais valores eram devidos pelos remetentes e exigíveis no dia nove do mês seguinte, juntamente com o tributo devido nas demais operações de saída da vendedora.

De fato, o Sujeito Passivo não discute a incidência do tributo estadual, ao contrário, pois chega a asseverar que o imposto foi devidamente recolhido pelos remetentes das mercadorias. Discute-se, apenas, o momento em que se deve dar por vencida tal obrigação, como já explicitado. Ainda que a medida liminar não tenha sido ratificada pela sentença (mesmo nesses casos), não se pode voltar no tempo para exigir um imposto com base na regra prevista no art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96, pois o pressuposto normativo não estava presente no momento da saída das mercadorias, qual seja, “*remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria*”, o que impõe o afastamento da presente exigência fiscal naquilo que se reporta às operações debatidas.

Assim, entendo que se impõe o acolhimento da presente representação.

Assim, ACOLHO a presente Representação para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no montante de R\$34.974,74 (Infração 01), de R\$2.662,92 (Infração 02), e de R\$1.072,23 (Infração 03), o que perfaz um total de R\$38.709,89, conforme demonstrativos de débito acostados às folhas 614/615.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206985.0013/11-7, lavrado contra **MP COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.709,89**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS